

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 60/83

URTEIL

(Schlußentscheidung)

Verkündet am

7. März 1985

Henco,

Justizangestellte

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Dr. Wolfgang P[REDACTED], J[REDACTED]-H[REDACTED]-
Platz [REDACTED], K[REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Sch[REDACTED] & Co GmbH, vertreten durch die
Firma Sch[REDACTED] GmbH, diese vertreten durch die
Geschäftsführer Klaus G[REDACTED] und Wolfram B[REDACTED], L[REDACTED]-
straße [REDACTED], K[REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. März 1985 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Dr. Recken, Bliesener, Obenhaus und Quack

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 24. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 22. Dezember 1982 insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Beklagten erkannt worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die gesamten Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat aufgrund Bauvertrages vom 16. August 1978, in dem auch die Geltung der VOB/B vereinbart war, Installateurarbeiten an einem Neubau des Beklagten durchgeführt.

Sie hat einen Restwerklohnanspruch von 40.900,18 DM zuzüglich Zinsen und zuzüglich Mehrwertsteuer auf die Zinsen gegen den Beklagten eingeklagt. Das Landgericht hat der Klage bis auf einen geringen Teil der Zinsen stattgegeben.

Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht den Urteilsbetrag auf 39.810,52 DM und im übrigen den Zinsanspruch geringfügig herabgesetzt. Dabei hat das Oberlandesgericht den Schlußzahlungseinwand (§ 16 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B a.F. = § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (1979)) des Beklagten nicht durchgreifen und ihm die Hilfsaufrechnung mit einer Gegenforderung aus einer Reihe von Werkmängeln versagt.

Mit seiner Revision hat der Beklagte zunächst den Schlußzahlungseinwand und die Hilfsaufrechnung mit seiner Gegenforderung aus Mängeln der Werkleistungen der Klägerin weiterverfolgt, sich dabei aber nur noch auf Mängel der "Einstellung der Filterrückspülung im Schwimmbad" und der "Fußbodenheizung im Wohnzimmer/Musikzimmer" berufen.

Nachdem die Klägerin auf die ihr für Zinsen zugesprochene Mehrwertsteuer verzichtet hatte, hat der Senat mit Beschluß vom 4. Oktober 1984 (Teilentscheidung) die Revision des Beklagten nur im Kostenpunkt und insoweit angenommen, als dem Beklagten die im Revisionsrechtszug noch weiterverfolgte Aufrechnung versagt worden ist.

Mit dieser Maßgabe betreibt der Beklagte seine Revision weiter, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet.



Entscheidungsgründe:

Beide Parteien nehmen die Entscheidung des Oberlandesgerichts zur Höhe des Restwerklohnanspruchs der Klägerin hin.

Nach der im Tatbestand dargestellten Entwicklung des Rechtsstreites ist deshalb nunmehr davon auszugehen, daß sich der Restwerklohnanspruch der Klägerin auf die vom Oberlandesgericht errechneten 39.810,52 DM (zuzüglich Zinsen) beläuft. Es geht mithin nur noch um die dagegen aufgerechnete Gegenforderung des Beklagten aus den zwei näher bezeichneten Mängeln.

Insoweit hat die Revision Erfolg.

I.

Mängel bei der Einstellung der Filterrückspülung
im Schwimmbad

1. a) Die Klägerin hat auch die Installationsarbeiten für das Schwimmbad des Beklagten erbracht. Am Schwimmbad ist es zu Kalkablagerungen und daraus herrührenden Schäden gekommen.

Bis zur letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 10. November 1982 hatte sich der Beklagte nur darauf berufen, die Schadensursache liege im Fehlen einer Entkalkungsanlage; dafür sei die Klägerin verantwortlich. Das Fehlen einer Entkalkungsanlage hat das

Berufungsgericht jedoch nicht der Klägerin angelastet.
Die Revision erhebt insoweit keine Rügen.

b) Über die Ursachen der Kalkablagerungen ist auf Antrag des Beklagten während des Rechtsstreites innerhalb gesonderter Beweissicherungsverfahren Beweis erhoben worden. Auf Beschwerde des Beklagten gegen einen Beschluß des Landgerichtes hat das Berufungsgericht - schon während des Berufungsverfahrens - den Beweisbeschluß vom 19. April 1982 erlassen (SA I Bd. 1 Bl. 45 ff). Der mit diesem Beschluß zum Sachverständigen bestellte Diplom-Chemiker Br. [REDACTED] hat sein unter dem 2. November 1982 erstattetes Gutachten am 11. November 1982 zu den Gerichtsakten gebracht (SA I Bd. 2 Bl. 166 ff). Mit einem weiteren Beschluß vom 19. Oktober 1982 hatte das Berufungsgericht den Sachverständigen Diplom-Chemiker Br. [REDACTED] mit der Klärung der Ursache erneuter Verbackungen der Schwimmbadfilter und neuerlicher Kalkablagerungen beauftragt (SA I Bd. 1 Bl. 152 ff). Das dazu unter dem 26. November 1982 erstattete Gutachten ist am 30. November 1982 zu den Akten gelangt (SA I Bd. 2 Bl. 201, 203).

c) In der letzten mündlichen Verhandlung vom 10. November 1982 hat das Berufungsgericht den Parteien einen Vergleichsvorschlag unterbreitet und für den Fall der Nichtannahme dieses Vorschlages einen Termin zur Verkündung einer Entscheidung auf den 15. Dezember 1982 anberaumt, dabei nur der Klägerin einen Schriftsatz nachgelassen (GA III 440 f).

Mit am 25. November 1982 beim Berufungsgericht eingegangenen Schriftsatz hat sodann der Beklagte unter Überreichung einer Ablichtung des Gutachtens vom 2. November 1982 um Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gebeten (GA III 448 f). Mit am 1. Dezember 1982 eingegangenen Schriftsatz vom 29. November 1982 hat der Beklagte diesen Antrag unter Auswertung des Gutachtens vom 2. November 1982 näher begründet und ausgeführt, erst aus diesem Gutachten ergebe sich, daß die Klägerin bei der Einstellung der Filterrückspülung zu den Verbackungen und Kalkablagerungen führende Fehler gemacht habe (GA III 510 ff). Er hat ferner darauf hingewiesen, daß das mit Beschluß des Berufungsgerichts vom 19. Oktober 1982 angeforderte weitere Gutachten noch nicht zu den Akten gelangt und daß schon deshalb der Prozeß nicht entscheidungsreif sei (GA III 523).

Das Berufungsgericht hat daraufhin mit am 15. Dezember 1982 verkündeten Beschluß den Termin zur Verkündung einer Entscheidung auf den 22. Dezember 1982 verlegt (GA III 538).

Mit seinem Schriftsatz vom 29. November 1982 und mit dem am 21. Dezember 1982 eingegangenen Schriftsatz vom 20. Dezember 1980 hat der Beklagte den ihm aus der fehlerhaften Einstellung der Filterrückspülung entstandenen Schaden auf 600 DM (GA III 520) + 256,43 DM (GA III 521/522) + 4.294 DM (GA III 541/542) beziffert.

d) Das Oberlandesgericht hat jedoch den Vortrag des Beklagten zur fehlerhaften Einstellung der Filterrück-

spülanlage und zu den daraus entstandenen Schäden unberücksichtigt gelassen, weil er erst nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung eingegangen sei und zur Wiedereröffnung der ohne Verfahrensfehler geschlossenen mündlichen Verhandlung kein Anlaß bestanden habe. Es hat deshalb den Beklagten mit dem am 22. Dezember 1982 verkündeten Berufungsurteil (auch) die Aufrechnung mit diesem Teil seiner Gegenforderung zum Gesamtbetrage von 5.150,43 DM versagt (BU 19).

2. Die Revision meint, das Gutachten vom 2. November 1982 sei bereits vor der mündlichen Verhandlung vom 10. November 1982 zu den Akten gelangt. Das Berufungsgericht habe es daher zum Gegenstand der Verhandlung machen müssen und nicht - wie geschehen - die mündliche Verhandlung verfrüht schließen dürfen. Jedenfalls aber habe es dem Antrag auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung entsprechen müssen.

3. Diese Verfahrensrüge hat Erfolg.

Es ist schon nicht recht verständlich, warum das Berufungsgericht über die vom Beklagten aus den unstreitig vorhandenen Kalkablagerungen und sonstigen Beeinträchtigungen im Schwimmbadbereich hergeleiteten, zur Aufrechnung gestellten Mängelansprüche befunden hat, ohne den Eingang der von ihm selbst mit seinen Beschlüssen vom 19. April 1982 und vom 19. Oktober 1982 veranlaßten Gutachten des Diplom-Chemikers Br[REDACTED] abzuwarten.

Jedenfalls aber hätte das Berufungsgericht den mit dem Inhalt des Gutachtens vom 2. November 1982, das nach

dem auf ihm angebrachten Vermerk erst am 11. November 1982 zu den Akten gelangt ist, begründeten Antrag auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung entsprechen müssen und den Rechtsstreit nicht ohne Berücksichtigung dieses Gutachtens entscheiden dürfen. Denn erstmals aus diesem Gutachten war ein Fehler der Klägerin bei der Einstellung der Filterrückspülanlage zu folgern, auf dem die vom Beklagten hinsichtlich der Kalkablagerung geltend gemachten Schäden nach Meinung des Sachverständigen Br. [REDACTED] beruhen sollen. Daß der Beklagte diesen Fehler, dem offensichtlich auch die Klägerin als Fachfirma nicht auf die Spur gekommen ist, nicht eher erkannt hat, kann ihm nicht den Vorwurf zögerlicher Prozeßführung einbringen. Ein Besteller/Auftraggeber genügt im allgemeinen seiner Darlegungspflicht, wenn er einen Mangel, aus dem er Rechte herleitet, in seinem objektiven Erscheinungsbild behauptet und belegt; er muß insbesondere nicht über größeres Fachwissen als der Unternehmer/Auftragnehmer verfügen, dem gegenüber er um Behebung des Mangels unter Darlegung seines Erscheinungsbildes (hier: der Kalkablagerungen) nachgesucht hat. Dem Berufungsgericht mußte sich deshalb geradezu aufdrängen, daß eine Entscheidung ohne Berücksichtigung des Gutachtens vom 2. November 1982 den Sachverhalt nicht ausschöpfen würde und die bisherige Verhandlung insoweit lückenhaft war. Mit der Ablehnung des Antrages auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung hat das Berufungsgericht danach das ihm in § 156 ZPO eingeräumte Ermessen überschritten (vgl. dazu BGHZ 53, 245, 262 m.w.N.). Das Berufungsurteil kann deshalb keinen Bestand haben, soweit es dem Beklagten die Aufrechnung mit einer Gegenforderung von 5.150,43 DM versagt.

II.

Mängel der Fußbodenheizung im Wohnzimmer/Musikzimmer

1. Die Klägerin hat u.a. den Bereich Wohnzimmer/Musikzimmer im Hause des Beklagten auftragsgemäß mit einer Fußbodenheizung ausgestattet.

Der Beklagte behauptet, im Fensterbereich des Wohnzimmers arbeite die Fußbodenheizung nicht einwandfrei, bestimmte Fußbodenflächen würden nicht oder nicht hinreichend erwärmt; wahrscheinlich seien Heizleitungen verstopft. Zur Mangelbeseitigung sei ein Betrag von 40.000 - 60.000 DM erforderlich. Mit einer darauf gestützten Gegenforderung hat er hilfsweise aufgerechnet.

Das Berufungsgericht ist diesem Vorbringen des Beklagten nicht nachgegangen, weil es jedenfalls in erster Instanz nicht ausreichend substantiiert worden und eine in zweiter Instanz etwa nachgeholte Substantiierung verspätet sei (BU 20-21).

2. Die Revision rügt insoweit das Verfahren des Berufungsgerichtes, das zu hohe Anforderungen an die Darlegungslast des Beklagten gestellt und § 528 Abs. 2 ZPO unrichtig angewendet habe.

3. Auch diese Rüge hat Erfolg.

a) Schon vor dem Landgericht hatte der Beklagte behauptet und mit dem Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens belegt, daß die Fußbodenheizung im Fensterbereich des Wohnzimmers/Musikzimmers nicht

richtig arbeite, ganze Flächen würden deutlich weniger Wärme abgeben (GA I 42 ff). Die Mängelbeseitigungskosten hat er auf 40.000 - 60.000 DM beziffert (GA I 48).

Das Landgericht hat insoweit Gewährleistungsansprüche des Beklagten verneint, weil er bei dem besonders ausgestalteten Werkvertrag verpflichtet sei, im einzelnen darzutun, inwiefern die Klägerin von den genehmigten Werkplänen abgewichen sei (GA I 129-132); auch seien die Mängel nur als geringfügig anzusehen (GA I 133). Mit seiner Berufung hat der Beklagte das landgerichtliche Urteil auch zu diesem Punkt spezifiziert angegriffen und dargetan, daß er zur Beheizung des Wohnzimmers/Musikzimmers keine anderen Vorgaben als solche zu den zu erreichenden Raumtemperaturen gemacht habe (GA I 200-203). Er hat auch darauf hingewiesen, daß er als Nichttechniker nichts anderes tun könne, als das Erscheinungsbild des Mangels zu schildern, daß nämlich der Fußboden ausgerechnet im Fensterbereich zu kalt bleibe, und daß es sich dabei keineswegs nur um geringfügige Mängel handele (GA I 204 ff).

b) Bei dieser Sachlage durfte das Berufungsgericht den mit der Hilfsaufrechnung geltend gemachten Gewährleistungsanspruch des Beklagten nicht ohne Sachprüfung verneinen.

Weshalb insbesondere das Landgericht den geltend gemachten Mangel ohne Sachprüfung und ohne Einholung des beantragten Sachverständigengutachtens als nur "geringfügig" bewerten konnte, ist unerfindlich.

Der Beklagte hatte im übrigen zu diesem Mangel in erster Instanz keineswegs zu wenig vorgetragen. Mehr als unter Beweisantritt behaupten, daß ein Teil einer Heizungsanlage nicht warm oder nicht ausreichend warm werde, muß ein Besteller/Auftraggeber nicht; er braucht nicht zu wissen, worauf dieser Mangel beruht. Allein das Vorhandensein eines solchen objektiven Mangels läßt im Regelfall auf die Verantwortlichkeit des Unternehmers/Auftragnehmers schließen. Dieser Vortrag hätte daher beiden Tatrichtern genügen und sie zur entsprechenden Beweiserhebung veranlassen müssen.

Dem Beklagten kann insbesondere auch nicht der Vorwurf gemacht werden, erst in der zweiten Instanz seinen erstinstanzlichen Vortrag schlüssig gemacht zu haben. Die auf § 528 Abs. 2 ZPO gestützte Hilfsbegründung des Oberlandesgerichts (BU 20/21) kann deshalb die Unterlassung der Sachprüfung nicht tragen.

Auch wegen der Versagung der Aufrechnung mit einem Anspruch aus Mängeln der Fußbodenheizung im Wohnzimmer/Musikzimmer kann das Berufungsurteil daher keinen Bestand haben.

III.

Im vorbezeichneten Umfange muß das Berufungsurteil danach einschließlich des ihm insoweit zugrunde liegenden Verfahrens aufgehoben werden (§ 564 Abs. 1 und 2 ZPO).

Eine abschließende Sachentscheidung ist noch nicht möglich, weil es bislang an einer Prüfung der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung fehlt. Die Sache ist deshalb zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die gesamten Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Girisch

Recken

Bliesener

Obenhaus

Quack